TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, 31 de enero de dos mil veinte (2020)

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado ponente: **Andrés Medina Pineda**

Nulidad y Restablecimiento del Derecho	
Asunto:	Sentencia de segundo grado
Radicación:	N° 70001-33-33-00**6-2016-00223-01**
Demandante:	**Gustavo Segundo Aguas Rivera**
Demandado:	**Nación - Ministerio de Educación Nacional – FOMAG.**
Procedencia:	Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Sincelejo

Tema: *Reliquidación de pensión / Factores salariales aplicables / Régimen de la Ley 33 de 1985 / Sentencia de unificación docentes*

1. ASUNTO A DECIDIR

Por razones metodológicas y de producción, la Sala arribará el estudio de los procesos que tengan relación directa con la reliquidación de las pensiones de los docentes, a fin de aprovechar la sentencia de unificación pronunciada por el H. Consejo de Estado el 25 de abril de 2019[1], en consecuencia y de acuerdo con lo autorizado por la Ley2 y la jurisprudencia no se tendrá en cuenta en estricto orden de radicación y el ingreso al despacho3.

Anunciado lo anterior, procede el despacho a desatar, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 26 de marzo de 2019, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Sincelejo, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda.

---

[1] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. C. P: César Palomino Cortés, Sentencia del 25 de abril de 2019, Actor: Abadía Reynel Toloza. Radicado: 2015- 569-01

[2] Inciso 4 del artículo 63 A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 16 de la Ley 1285 de 2009.

[3] Artículo 18 Ley 446 de 1998.

2017,[9] fue notificada mediante correo electrónico tanto a las partes como al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

La audiencia inicial se celebró el 14 de marzo de 2019[10], diligencia en la que se surtieron las etapas procesales de la misma, se prescindió de la audiencia de pruebas y se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión en la audiencia, quedando el proceso para dictar sentencia.

2.4 Pronunciamiento de la parte demandada:

La entidad demandada, Nación- Ministerio de Educación Nacional y Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio[11], contestó la demanda manifestando en cuanto a los hechos que sobre el primero y el segundo, le parecen ciertos, de acuerdo a los documentos que obran en el expediente y en cuanto a los hechos 1 y asevera que parecen ciertos y frente a los hechos 3 y 4, no los afirma ni los niega, se atiene a lo que se demuestre en el transcurso del proceso.

En cuanto a las pretensiones, se oponen a todas y cada una de ellas, aduciendo que los actos administrativos demandados se encuentran acogidos por la presunción de legalidad y la parte accionante no acredita siquiera sumariamente que este haya sido expedido con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

Proponiendo como excepciones en la contestación de la demanda la de ineptitud de la demanda; no agotamiento vía gubernativa; inexistencia de la obligación; cobro de lo no debido; prescripción; falta de legitimidad en la causa por pasiva; compensación; excepción genérica o innominada.

Como fundamentos de derecho arguye que la entidad actúa conforme a las políticas expuestas por la misma ley especial de prestaciones e igualmente de acuerdo a los parámetros expuestos por el Consejo Directivo del Fondo, como máxima autoridad encargada de proferir los procedimientos para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes.

---

[9] Fl. 35 y 36 C. Ppal
[10] Fls. 95 a 97 C. Ppal.
[11] Fls. 65 a 77 c. ppal.

Finalizó concluyendo que por todo lo expuesto, la demanda no está llamada a prosperar y solicitó que con base en sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones en el evento de ser condenados, se determine la actualización a valor presente (calculo actuarial) del pago que debe realizar el docente, por los factores sobre los cuales nunca se cotizó durante la relación laboral, teniendo en cuenta el precedente del Consejo de Estado que en sentencia del 19 de febrero de 2015 No. Interno: 2328-2013, en un proceso contra el FOMAG.

2.5. Sentencia recurrida[12]: La Juez de instancia negó las pretensiones de la demanda, al considerar que si bien el Consejo de Estado ha tomado distintas posturas acerca de cuáles factores deben incluirse en el IBL para calcular la pensión de los docentes; lo cierto es que al proferir la Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018, cesó el efecto jurídico unificador de la Sentencia del 04 de agosto de 2010 que se venía aplicando y que manejaba un concepto diferente sobre la interpretación del IBL consagrada en el artículo 3 de la ley 33 de 1985.

Bajo ese entendido, para el juzgado el concepto de salario utilizado por el literal B del numeral 2 del artículo 15 de la ley 91 de 989, debe entenderse como el integrado por los factores del artículo 3 de la ley 33 de 1985, es decir, sobre los cuales se hayan realizado aportes.

Expone que, el criterio interpretativo esbozado en la Sentencia de Unificación del 04 de agosto de 2018 traspasó la voluntad del legislador, al considerar que debían incluirse todos los factores devengados por el trabajador para el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, por ello manifiesta que comparte la postura del Consejo de Estado sentada en la Sentencia del 28 de agosto de 2018, ya que solo es posible que se liquide la pensión de jubilación de los docentes teniendo en cuenta aquellos factores sobre los cuales haya realizado aportes, con el fin de que no se vean afectadas las finanzas del sistema, ni la garantía por parte del Estado del derecho irrenunciable a la pensión.

Finamente afirmó que, al demandante no le asiste derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación con la prima de navidad devengada el año anterior a la adquisición del status, puesto que no realizó aportes sobre dicho factor.

[12] Fls. 98 a 105 – Del 26 de marzo del 2019.

exceptúa claramente de su aplicación a los docentes afiliados al FOMAG, al estar exceptuados del Sistema General de Seguridad Social, en virtud del mismo. Es decir, que si la vinculación fue con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la misma, el régimen aplicable a los docentes es el vigente a dicha fecha, esto es, la ley 91 de 1989, ratificada por el parágrafo transitorio 1° del Acto Legislativo 001 de 2005.

Por lo anterior considera el apelante que, aplicarle a los docentes vinculados antes de la expedición de la ley 812 de 2003, las sub reglas fijadas en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, en especial frente al IBL, implica la configuración de un defecto sustantivo, al aplicarse una regla que no regula el caso concreto.

Señala que, se configura una vulneración a los derechos fundamentales a la seguridad social, al acceso a la administración de justicia, la igualdad, al debido proceso y la seguridad jurídica, haciendo referencia a los preceptos constitucionales y legales que los desarrollan[14] y asimismo alude distintos pronunciamientos[15] de las altas cortes sobre el desarrollo de cada uno de ellos.

Por último, señala que la propia Corte Constitucional ha hecho distintos llamados de atención al respeto a la seguridad jurídica como principio fundante del Sistema de Justicia. De ahí, que de conformidad con las leyes vigentes, la inclusión de todos los factores salariales para efectuar la liquidación de la pensión es un asunto de puro derecho, por lo cual no es posible confundir o aplicar la jurisprudencia de la Corte Constitucional al caso particular y concreto, toda vez que no se ajusta al caso particular, al no estar comprendido en el régimen de transición de la ley 100 de 1993, ni el artículo 36 de la misma, no le es aplicable la Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018, aplicada en primera instancia.

2.7. Actuación en segunda instancia: A través de auto del 17 de julio de 2019[16], se admitió el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte accionante, en contra de la sentencia aludida; a su vez, por proveído del 30 de agosto de 2019[17], se corrió traslado a las partes por diez días para alegar de conclusión.

2.8. Alegatos de conclusión:

---

[14] Artículos 53, 87, 13, 29, de la Constitución Política de Colombia sobre los derechos a la seguridad social, administración de justicia, igualdad y debido proceso.
[15] Sentencias C- 250 de 2012, T-502 de 2002, C-386 de 2001, SU- 336 de 2017 sobre la seguridad jurídica.
[16] Fl. 4 del C. Alzada
[17] Fl. 9 del C. Alzada

3.2. Régimen pensional docente: En virtud del proceso de nacionalización la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como un administrador de las prestaciones sociales de los docentes tanto nacionales como nacionalizados y territoriales, la predicha Ley en su artículo 15 señala el régimen que se debe aplicar al personal docente:

> *"**Artículo 15°**.- A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones: Ver art. 6, Ley 60 de 1993.*
>
> *1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes. Ver **Radicación 479 de 1992; Radicación 525 de 1993 Radicación 537 de 1993 Sala de Consulta y Servicio Civil***
>
> *Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley. (Subrayado fuera de texto)*
>
> ***2.- Pensiones:***
>
> *Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieren desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar está a cargo total o parcial de la Nación. **Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-489 de 2000, siempre y cuando se entienda que las situaciones jurídicas particulares y concretas que se hubieran consolidado antes de entrar en vigencia la ley 91/89, esto es, antes del 29 de diciembre de 1989, quedan a salvo de la nueva normatividad por cuanto constituyen derechos adquiridos que el legislador no podía desconocer.***
>
> ***A.** Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de Ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos*

"A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1° de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1°. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decreto 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta ley...".

De otro lado, la Ley 100 de 1993, en el inciso 2° del artículo 279, excluyó a los docentes del Sistema Integral de Seguridad Social, al siguiente tenor:

"ARTICULO 279. EXCEPCIONES. El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas.

Así mismo, se exceptúan a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración.

(...)".

Luego la Ley 115 de 1994, Ley General de Educación, confirmó que el régimen de jubilación aplicable para los docentes nacionales era la Ley 33 de 1985, en el siguiente sentido:

"ARTÍCULO 115. RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS EDUCADORES ESTATALES. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales. En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores".

A su vez el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 establece el nuevo Régimen prestacional de los docentes oficiales señalando:

Artículo 1°. *Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.*

"(...) valga anotarlo, no existe contradicción entre la decisión del Consejo de Estado y la de la Corte Constitucional en lo que se refiere a los factores que deben ser tenidos en cuenta para establecer el IBL pensional, pues en caso de no haberse cotizado sobre factores que deban ser tenido en cuenta, la sentencia del 4 de agosto de 2010 autoriza a deducir los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse sobre los mismos.

Por tanto, no le asistió razón al Tribunal accionado cuando en la sentencia cuestionada aseguró que se afectaba la sostenibilidad del sistema en materia económica y financiera, por no existir prueba de que se hubiera cotizado sobre los factores salariales cuya reliquidación pretendía, ya que en situaciones como la del actor, lo que procedía, como lo dispuso el Consejo de Estado en su fallo de unificación, es que sobre aquellos factores salariales que deban incluirse en la reliquidación y sobre los que no se hubiera cotizado, se ordene realizar los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse."

Es pertinente aclarar, que respecto del Ingreso Base de Liquidación previsto en el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no es posible su aplicación a los docentes por dos razones:

- La primera, por cuanto este es aplicable a aquellos servidores que pertenezcan al régimen de transición que establece el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y
- En segundo lugar, debido a que fue la misma Ley en su artículo 279, la que excluyó a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989 de la aplicación del Sistema Integral de seguridad Social de la precitada ley 100.

aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

63. Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

64. De acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 "Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones". Los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación. Por lo que, en el ingreso base de liquidación de esta pensión solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

65. La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.

66. Los docentes, como ya lo precisó la Sala, **están exceptuados del Sistema General de Pensiones, por lo que no les aplica el artículo 36 de la Ley 100 de 1993** que establece un régimen de transición y fija reglas propias para el Ingreso Base de Liquidación al disponer que: "El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor según certificación que expida el DANE". Por la misma razón, **tampoco les aplica la regla sobre Ingreso Base de Liquidación prevista en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993** que fija en 10 años el periodo que se debe tomar para la liquidación de la mesada pensional. (negrillas del despacho)

67. En resumen, el derecho a la pensión de jubilación de los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981 nacionales y nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, se rige por las siguientes reglas:

<table>
<tr><td colspan="2">educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.</td><td colspan="2"></td></tr>
<tr><td colspan="2">Normativa aplicable</td><td colspan="2">Normativa aplicable</td></tr>
<tr><td colspan="2">• Literal B, numeral 2° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989
• Ley 33 de 1985
• Ley 62 de 1985</td><td colspan="2">• Artículo 81 de la Ley 812 de 2003
• Ley 100 de 1993
• Ley 797 de 2003
• Decreto 1158 de 1994</td></tr>
<tr><td colspan="2">Requisitos</td><td colspan="2">Requisitos</td></tr>
<tr><td colspan="2">✓ Edad: 55 años (H/M)
✓ Tiempo de servicios: 20 años</td><td colspan="2">✓ Edad: 57 años (H/M)
✓ Semanas de cotización: Artículo 33 Ley 100 de 1993 modificado por artículo 9° de la Ley 797 de 2003</td></tr>
<tr><td colspan="2">Tasa de remplazo - Monto</td><td colspan="2">Tasa de remplazo - Monto</td></tr>
<tr><td colspan="2"><u>75%</u></td><td colspan="2"><u>65% - 85%</u>[22]
(Artículo 34 Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003).</td></tr>
<tr><td colspan="2">Ingreso Base de Liquidación – IBL</td><td colspan="2">Ingreso Base de Liquidación – IBL</td></tr>
<tr><td>Periodo</td><td>Factores</td><td>Periodo</td><td>Factores</td></tr>
<tr><td rowspan="2">Último año de servicio docente

(literal B numeral 2° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 / artículo 1° de la Ley 33 de 1985)</td><td>▪ asignación básica
▪ gastos de representación
▪ primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación
▪ dominicales y feriados
▪ horas extras
▪ bonificación por servicios prestados
▪ trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio
<u>(Artículo 1° de la Ley 62 de 1985)</u></td><td rowspan="2">El promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión

(Artículo 21 de la Ley 100 de 1993)</td><td>▪ asignación básica mensual
▪ gastos de representación
▪ prima técnica, cuando sea factor de salario
▪ primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario
▪ remuneración por trabajo dominical o festivo
▪ bonificación por servicios prestados
▪ remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna

(Decreto 1158 de 1994)</td></tr>
<tr><td>De acuerdo con el artículo 8° de la Ley 91 de 1989 los docentes a quienes se les aplica este régimen, gozan de un esquema propio de cotización sobre los factores enlistados.</td></tr>
</table>

Reglas de Unificación sobre el I.B.L. en Pensión de Jubilación y Vejez de los docentes:

De todo lo expuesto extrajo las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia en materia de régimen pensional de los docentes:

> *"De acuerdo con el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de*

[22] La Ley 1151 de 2007 en el artículo 160 conservó la vigencia del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y derogó el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003.

equivalente al 75% del promedio de salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales[23].

La decisión en primera instancia, se resumió en la aplicación del criterio de unificación trazado mediante la S.U. del 28 de agosto de 2018, donde se considera que solo deben tenerse en cuenta como factores salariales para calcular el IBL de la pensión de los docentes, aquellos sobre los que se hayan cotizado; no siendo así en el caso presente y de ahí la negativa de las suplicas de la demanda.

Por su parte el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en síntesis indica que la sentencia de Unificación que aplicó la jueza de instancia, no es aplicable al caso concreto, puesto que la propia jurisprudencia los excluye y sostiene que para liquidar la pensión del actor, sólo se deben incluir las disposiciones normativas previas a la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003.

Pues bien, se encuentra debidamente acreditado dentro del proceso lo siguiente:

⇒ El señor Gustavo Segundo Aguas Rivera nació el 25 de diciembre de 1955[24]; en consecuencia, cumplió 55 años de edad el 25 de diciembre de 2010.

⇒ El demandante, empezó a trabajar como docente el 04 de junio de 1992[25].

⇒ Según la Resolución N° 1270 del 30 de septiembre de 2014, adquirió su status de pensionado **el 01 de julio de 2014**.

⇒ Prestó sus servicios, como docente con vinculación nacional, al menos hasta el 27 de septiembre de 2016[26]

⇒ Al demandante, le fue reconocida la pensión de jubilación, mediante la Resolución 1270 del 30 de septiembre de 2014[27] conforme al último año de servicios anterior al status, en cuantía de $1.795.502,00 efectiva a partir del 01 de agosto de 2014[28]; para tal fin, se le aplicaron entre otras la ley 33 de 1985, Decreto 3135 de 1968 y el Decreto 1848 de 1969.

La pensión vitalicia de jubilación, le fue reconocida teniendo como factores salariales el promedio de la asignación básica mensual y la prima de vacaciones[29], esto es, la suma de $1.795.502,00.

---

[23] Así lo solicita en las pretensiones de la demanda en el ítem de declaraciones y condenas visible a folio 2
[24] De acuerdo con la fotocopia de la cédula visible a folio 18 del expediente.
[25] Fecha que se toma del Certificado de tiempo de servicio a folio 23, la cual no coincide con la fecha consignada en la resolución, sin embargo se toma esta fecha, por no estar en discusión el derecho pensional del actor.
[26] Por ser esta la fecha de expedición del certificado de tiempo de servicios.
[27] folios 19 y 20 del cuaderno Principal.
[28] fecha en la cual el actor contaba con más de cincuenta y cinco (55) años de edad.
[29] Ver folio 19 parte inferior.

2019[32] como del párrafo 48 de la misma, que los docentes vinculados antes de la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, tienen derecho a la pensión de jubilación equivalente al 75% sobre el salario mensual promedio del último año de servicio docente es así como señala:

> *"El literal B del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 no fijó condiciones ni requisitos especiales para el goce de la pensión de jubilación docente. La misma norma dispuso que los docentes tienen derecho a una pensión de jubilación, cuando cumplan los requisitos de ley, equivalente al 75% sobre el salario mensual promedio* ***del último año de servicio docente****. Los requisitos de ley en cuanto a edad y tiempo de servicios son los señalados en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985" (resalto de la Sala).*

En este caso en concreto, la pretensión se refiere a la reliquidación de la pensión con todos los factores salariales a que tiene derecho en el **último año de servicio anterior a la adquisición del status** y encuentra esta colegiatura que los factores devengados en ese periodo y sobre los cuales se solicita su inclusión para efectos de la respectiva reliquidación, no coinciden con los enlistados en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, tal como se detalla a continuación:

Ley 62 de 1985	**Factores salariales efectivamente devengados según certificación[33]**	**Factores reconocidos por la resolución No. 1270 del 30 de septiembre de 2014**
La asignación básica mensual;	Asignación básica (sueldo)	Asignación básica
Los gastos de representación;		
Las primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación.		
Dominicales y feriados;		
Horas extras,		
La bonificación por servicios prestados		
Trabajo suplementario o realizado en jornada		

[32] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. C. P: César Palomino Cortés, Sentencia del 25 de abril de 2019, Actor: Abadía Reynel Toloza. Radicado: 2015- 569-01
[33] De conformidad con el formato único para la expedición de salarios ubicado en el folio 22 del expediente.

de 1985 respecto de ese factor salarial pero sólo en el período en que la misma ley ordenó que fuese reconocido; esto es; **el primero (01) de junio de 2014 y hasta el primero (01) de julio de 2014**, fecha de adquisición del status de pensionado, de conformidad con las pretensiones de la demanda.

Con respecto a la creación de la **prima de navidad** para los docentes, no hay norma expresa; en consecuencia, se aplican: los decretos 3135/1968, adicionado por el decreto ley 3148 de 1968 y especialmente los artículos 5°, 22 y 33 del Decreto Ley 1045/1978, que la definen como una prestación social; por ello, no es posible considerarla como un factor salarial a tener en cuenta en la reliquidación pensional docente.

Con relación a la prima de servicios para docentes oficiales, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de unificación **SUJ-2150013333010202130013401 (38282014), Abr. 14/16, fijó las siguientes reglas jurisprudenciales:**

> "**(i)** La Ley 91 de 1989, particularmente su artículo 15, parágrafo 2, no crea ni reconoce a favor de los docentes oficiales la prima de servicios, contemplada en el Decreto Ley 1042 de 1978 para los empleados públicos del orden nacional.
>
> **(ii)** En aplicación del artículo 15, los docentes oficiales nacionalizados que venían devengando la prima de servicios porque la entidad territorial a la cual estaban adscritos la creó, a través de una norma de carácter territorial vigente a la fecha de expedición de la citada ley, la seguirán percibiendo.
>
> **(iii)** De acuerdo con lo anterior, los docentes oficiales nacionalizados, antes territoriales, que no venían devengando la prima de servicios porque la respectiva entidad territorial a la cual estaban adscritos nunca la creó mediante norma de carácter territorial, no tienen derecho al mencionado factor de salario.
>
> **(iv)** Así mismo, a los docentes nacionales vinculados antes o con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91, en materia salarial y

---

Decreto 804 de 1995, y pagados con cargo al Sistema General de Participaciones, una bonificación, que se reconocerá mensualmente a partir del primero (01) de junio de 2014 y hasta el treinta y uno (31) diciembre de 2015, mientras el servidor público permanezca en el servicio.
La bonificación que se crea mediante el presente Decreto constituirá factor salarial para todos los efectos legales y los aportes obligatorios sobre los pagos que se efectúen por ese concepto se realizarán de conformidad con las disposiciones legales vigentes.
El valor de la bonificación de 2014 se tendrá en cuenta como base para liquidar el incremento salarial de 2015.
El valor de la bonificación de 2015 se tendrá en cuenta como base para liquidar el incremento salarial de 2016.

referente a la edad, al tiempo de servicio, y la tasa de reemplazo, y en lo referente al I.B.L. se tendrán en cuenta sólo aquellos sobre los cuales se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, **a excepción de la bonificación mensual antes señalada,** de tal suerte que sólo se accederá a la reliquidación de la pensión con el factor salarial bonificación mensual (Decreto 1566 de 2014), devengada en el último año de servicio anterior a la adquisición del status de pensionado.

Conclusión: En este orden de ideas, teniendo en cuenta las pretensiones de la demanda, buscan la nulidad parcial del acto administrativo que liquidó la pensión del demandante y la petición de restablecimiento encaminada a que se tuviesen en cuenta para tal operación **todos los factores devengados por el actor en su último año de servicios anterior a la adquisición al status**; se revocará la sentencia apelada que negó en su totalidad las pretensiones; teniendo en cuenta la variación de la línea jurisprudencial que venía sosteniendo la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, modificación en el entendimiento de que la pensión ordinaria de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, se les debe aplicar el régimen de la Ley 33 de 1985 en cuanto a la edad y al tiempo de servicio y respecto del I.B.L., se tomarán en consideración aquellos detallados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, que es vinculante para este Tribunal porque proviene de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esa Corporación y en razón a que, tal como se estableció en líneas anteriores, se encontró probado que la entidad demandada omitió incluir el elemento bonificación mensual (Decreto 1566 de 2014) el cual es considerado factor salarial para todos los efectos pensionales, máxime cuando este se devengó dentro del año anterior a la fecha de adquisición del status pensional de la demandante, **pero únicamente desde el 01 de junio de 2014 y hasta el 01 de julio del mismo año;** en razón a la fecha de creación de dicho factor salarial y a que la pretensión se dirigió a la reliquidación con base en el último año de servicios anterior a la adquisición del status.

3.4. Condena en costas: Siguiendo en este punto la sentencia de la sección segunda del 18 de julio de 2018[36], tenemos que:

> *" **a)** El legislador introdujo un cambio sustancial respecto a la condena en costas, al pasar de un criterio "subjetivo" –CCA- a un "objetivo valorativo" – CPACA-*

[36] Consejo de estado, Sección segunda, Subsección A, sentencia del 18 de julio de 2018, C.P. William Hernández Gómez; Rad: 68001-23-33-000-2013-00698-01 (3300-14)

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia adiada 26 de marzo de 2019, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Sincelejo, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia y en su lugar, **DECLARESE** la nulidad parcial de la Resolución Nº 1270 del 30 de septiembre de 2014, suscrita por la Secretaría de Educación Departamental de Sucre- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la cual se reconoció la pensión de jubilación al docente demandante, conforme a lo expuesto en el presente proveído.

SEGUNDO: como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho ORDENESE al MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO, realice una nueva liquidación de la pensión mensual vitalicia de Jubilación reconocida a la demandante, con la inclusión de la Bonificación Mensual Decreto 1566 del 1 de junio de 2014, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Dichas sumas de dinero serán debidamente indexadas, aplicando para ello la usual fórmula utilizada por el Honorable Consejo de Estado, esto es:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el índice inicial, será el día en que adquirió el estatus pensional y el índice final, corresponde al día en que se produzca el efectivo pago de la reliquidación.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda, referidas a la inclusión de los otros factores devengados por el demandante en el último año de servicios anterior a

CUARTO: ABSTENERSE de condenar en costas a la parte demandada, de acuerdo con las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia, conforme lo establece el Código General del Proceso en el artículo 365.

QUINTO: La presente sentencia se cumplirá con arreglo a lo dispuesto en los artículos 192 y 203 de la ley 1437 de 2011.

SEXTO: Ejecutoriada esta providencia, envíese el expediente al juzgado de origen para lo de su competencia.